

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La réforme du divorce. I. Le divorce pour cause de désunion irrémédiable

Fierens, Jacques

*Published in:*

Divorce. Actualité juridique, sociale et fiscale

*Publication date:*

2007

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Fierens, J 2007, 'La réforme du divorce. I. Le divorce pour cause de désunion irrémédiable', *Divorce. Actualité juridique, sociale et fiscale*, p. 103-109.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## La réforme du divorce

### I. LE DIVORCE POUR CAUSE DE DÉSUNION IRRÉMÉDIABLE<sup>1</sup>

Le divorce fondé sur l'adultère, sur les excès, sévices ou injures graves et le divorce après séparation de fait de plus de deux ans disparaissent. La seule "cause" de divorce devient la désunion irrémédiable<sup>2</sup>. L'article 229 est remplacé par de nouvelles dispositions, tandis que les articles 231 et 232 du Code civil sont abrogés<sup>3</sup>.

Il convient de lire en juxtaposition l'article 229 nouveau du Code civil et l'article 1255 nouveau du Code judiciaire.

Article 229 nouveau du Code civil :

*§ 1<sup>er</sup>. Le divorce est prononcé lorsque le juge constate la désunion irrémédiable entre les époux. La désunion est irrémédiable lorsqu'elle rend raisonnablement impossible la poursuite de la vie commune et la reprise de celle-ci entre eux. La preuve de la désunion irrémédiable peut être rapportée par toutes voies de droit.*

*§ 2. La désunion irrémédiable est établie lorsque la demande est formée conjointement par les deux époux après plus de six mois de séparation de fait ou qu'elle est répétée à deux reprises conformément à l'article 1255, § 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire.*

*§ 3. Elle est également établie lorsque la demande est formée par un seul époux après plus d'un an de séparation de fait ou qu'elle est répétée à deux reprises conformément à l'article 1255, § 2, du Code judiciaire.*

Article 1255 nouveau du Code judiciaire :

*§ 1<sup>er</sup>. Si le divorce est sollicité conjointement sur la base de l'article 229, § 2, du Code civil, la requête est signée par chacun des époux, ou par au moins un avocat ou un notaire.*

*S'il est établi que les parties sont séparées de fait depuis plus de six mois, le juge prononce le divorce.*

*Si les parties ne sont pas séparées de fait depuis plus de six mois, le juge fixe une nouvelle audience. Celle-ci a lieu à une date immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai de six mois, ou trois mois après la première comparution des parties. Lors de cette audience, si les parties confirment leur volonté, le juge prononce le divorce.*

*Lorsqu'il prononce le divorce, le juge homologue le cas échéant les accords intervenus entre parties.*

*§ 2. Si le divorce est demandé par l'un des époux en application de l'article 229, § 3, du Code civil, le juge prononce le divorce s'il constate que les parties sont séparées de fait depuis plus d'un an. Si les parties ne sont pas séparées de fait depuis plus d'un an, le juge fixe une nouvelle audience. Celle-ci a lieu à une date immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai d'un an, ou un an après la première audience. Lors de cette audience, si l'une des parties le requiert, le juge prononce le divorce.*

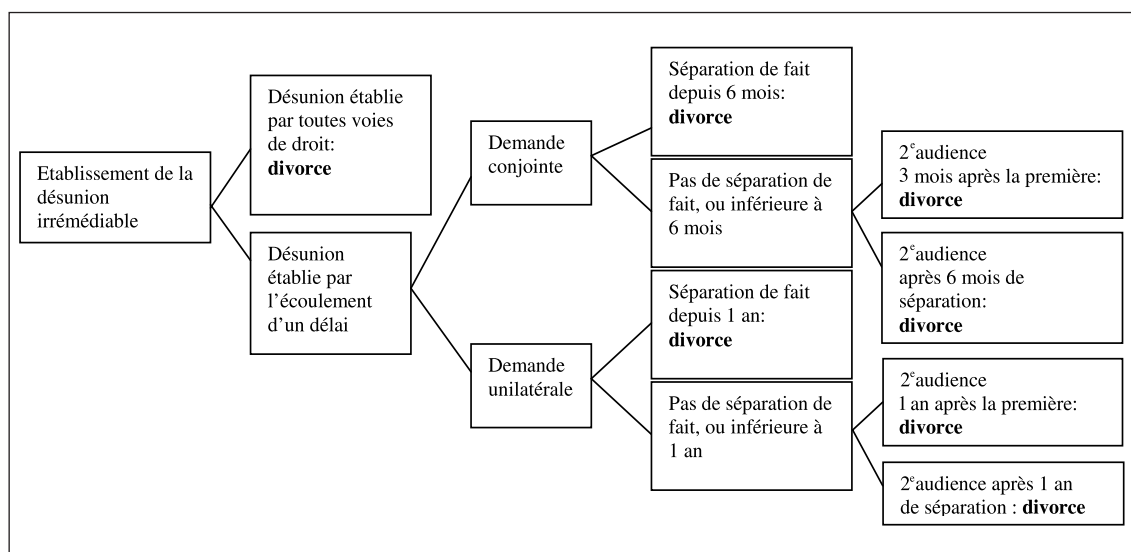
*§ 3. Si le divorce est demandé par l'un des époux et qu'en cours de procédure, l'autre marque son accord quant à la demande, le divorce est prononcé moyennant le respect des délais visés au § 2.*

*§ 4. La séparation de fait des époux peut être établie par toutes voies de droit, l'aveu et le serment exceptés, et notamment par la production de certificats de domicile démontrant des inscriptions à des adresses différentes.*

*§ 5. Si le divorce est demandé par l'une des parties, en application de l'article 229, § 1<sup>er</sup>, du Code civil, et que le caractère irrémédiable de la désunion est établi, le juge peut prononcer le divorce sans délai.*

*§ 6. Sauf circonstances exceptionnelles, la comparution personnelle des parties est requise en cas*

1. A l'heure d'écrire ces lignes, la loi n'avait pas encore été promulguée. Nous nous sommes basés sur le projet de loi réformant le divorce (texte adopté et soumis à la sanction royale, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2341/027). Il aura fallu attendre le 7 juin 2007 pour que la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce soit publiée. On dira ci-après "la nouvelle loi". Sur la mise en vigueur, voy. l'art. 44 de la nouvelle loi. Un commentaire plus complet et plus réflexif de la réforme est proposé dans J. FIERENS, "Le nouveau droit du divorce ou le syndrome Lucky Luke", *Droit de la famille*, Centre des Facultés catholiques pour le recyclage en droit, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2007. Voy. aussi, du même, "La quadrature de la faute dans le cercle du divorce", *J.T.*, 2007 [numéro spécial 125 ans], pp. 336-337.
2. On est évidemment proche de la tautologie. La désunion est aussi bien la cause que l'effet du divorce, ou le divorce lui-même. *Divortium* signifie "séparation" (de *dis* et *vertèrè*, littéralement "se tourner dans des directions différentes").
3. Art. 4 de la nouvelle loi.



de demande conjointe fondée sur l'article 229, § 2, du Code Civil et la comparution personnelle de la partie demanderesse dans les autres cas.

En toute hypothèse, l'audience a lieu en chambre du conseil.

Sans préjudice de l'article 1734, le juge tente de concilier les parties. Il leur donne toutes informations utiles sur la procédure et en particulier sur l'intérêt de recourir à la médiation telle que prévue à la septième partie du présent Code. Il peut ordonner la surséance à la procédure afin de permettre aux parties de recueillir toutes informations utiles à cet égard. La durée de la surséance ne peut être supérieure à un mois.

§ 7. Si l'un des époux est dans un état de démence ou dans un état grave de déséquilibre mental, il est représenté en tant que défendeur par son tuteur, son administrateur provisoire, ou, à défaut, par un administrateur *ad hoc* désigné préalablement par le président du tribunal à la requête de la partie demanderesse.

### A. Le principe

Le principe général est donné par la première phrase de l'article 229, § 1<sup>er</sup>, nouveau, du Code

civil: le divorce est prononcé lorsque le juge constate la désunion irrémédiable entre les époux, définie comme étant celle qui rend raisonnablement impossible la poursuite de la vie commune et la reprise de celle-ci entre eux<sup>4</sup>.

### B. La preuve de la désunion irrémédiable

La désunion irrémédiable pourra être établie judiciairement soit par toutes voies de droit, soit par l'écoulement d'un délai.

#### 1. La désunion irrémédiable établie par toutes voies de droit (art. 229, § 1<sup>er</sup>, nouveau, du Code civil)

Les parties peuvent établir en principe tout fait de nature à prouver que la désunion rend raisonnablement impossible la poursuite de la vie commune et la reprise de celle-ci. L'expression "par toutes voies de droit" renvoie nécessairement au système de preuve du Code civil et du Code judiciaire.

Si le représentant de la ministre a déclaré en sous-commission "Droit de la famille" de la Chambre que la constatation de la désunion "peut résulter – quoique rarement – de l'intime conviction du juge"<sup>5</sup>, cette interprétation est incompatible avec le texte. L'intime conviction du tribunal n'est pas un mode de preuve civil<sup>6</sup>.

4. Cette définition a été introduite suite à un amendement déposé en Commission de la justice de la Chambre. Voy. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2341/012, 30 novembre 2006, et Rapport fait au nom de la Commission de la justice par Mme Valérie DÉOM et M. Servais VERHERSTRATEN, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2341/018, 9 février 2007, p. 75.  
5. Rapport fait au nom de la sous-commission "Droit de la famille" par Mme Valérie DÉOM et M. Servais VERHERSTRATEN, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2341/007, 18 juillet 2006, p. 49 et p. 57.  
6. Voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n°s 38-40.

L'aveu et le serment ne sont pas exclus, l'article 1255, § 4, du Code judiciaire ne les interdisant que pour ce qui concerne la preuve de la séparation de fait.

Un époux pourrait invoquer le manquement aux obligations du mariage dans le chef de l'autre pour établir la désunion irrémédiable. Le tribunal, à cet égard, s'inspirera sans doute de la jurisprudence établie jusqu'à ce jour au sujet de l'adultère, des excès, sévices et injures graves, qui constituaient jusqu'à présent des causes de divorce. Les travaux préparatoires l'indiquent implicitement. Dans le projet initial en effet, un paragraphe 4 complétait l'article 229 du Code civil proposé, ainsi libellé: "*§ 4. [La désunion irrémédiable] est encore présumée lorsque l'un des époux prouve que l'autre a adopté un comportement rendant impossible la poursuite de la vie commune*"<sup>7</sup>. Le gouvernement a lui-même déposé un amendement visant la suppression de cette disposition. La justification en était que "*le § 1<sup>er</sup> [...] permettra au juge de prononcer le divorce immédiatement, notamment en considération du comportement d'un des conjoints, sans attendre l'écoulement des délais prévus aux §§ 2 et 3*"<sup>8</sup>.

On sait que dans le cadre de l'application de l'ancien article 229 du Code civil, la jurisprudence avait établi la règle selon laquelle l'adultère est présumé offensant<sup>9</sup>. La preuve de celui-ci, toujours possible par application de l'article 1016*bis* du Code judiciaire, établira-t-elle nécessairement la désunion irrémédiable? Il est permis d'en douter. Ce n'est en tout cas pas le vœu de la ministre de la Justice qui considèrerait, à propos de la faute grave visée au nouvel article 301 du Code civil (voy. *infra*), que l'adultère constituerait "*une*

*faute comme les autres*", ne bénéficiant plus d'une présomption de gravité<sup>10</sup>.

On pourrait aussi imaginer qu'un époux veuille établir la désunion irrémédiable par l'aveu crédible de ses propres manquements aux devoirs du mariage. Selon la ministre de la Justice, dans l'hypothèse où une partie invoque par exemple son propre adultère, "*si le conjoint reconnaît l'adultère invoqué par la partie demanderesse, le juge prendra cet aveu en compte. Par contre, si la partie demanderesse invoque son propre adultère dans sa demande en divorce et que le conjoint ne le reconnaît pas, le juge écartera cet aveu qu'il estimera collusoire*"<sup>11</sup>. La collusion implique cependant la fraude<sup>12</sup>. Il ne revient ni au gouvernement, ni au législateur lui-même de constater d'avance et en général son existence dans l'hypothèse ou un conjoint invoque sa propre faute sans qu'elle soit "reconnue" par l'autre partie. La règle contenue dans l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* n'est pas un principe général de droit, contrairement à ce qu'a laissé entendre la ministre de la Justice<sup>13</sup>. Ainsi, pour l'application de l'article 232, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, rien n'empêchait jusqu'à présent un conjoint demandeur d'"avouer" une séparation, même si celle-ci constituait dans son chef un manquement au devoir de cohabitation inscrit à l'article 213 du Code civil<sup>14</sup>.

Un époux pourra-t-il invoquer, en vertu du nouveau texte, des faits qui ne constituent aucun manquement ni dans son chef ni dans celui de l'autre, par exemple un état gravement dépressif ou agressif face à l'autre, rendant la désunion irrémédiable? On n'aperçoit pas ce qui l'en empêcherait. On reviendrait peut-être ainsi en pra-

7. Projet de loi réformant le divorce, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2341/001, 15 mars 2006, p. 65. Il était inutile de passer, comme le faisait le texte initial, par l'instauration d'une présomption. La loi en serait venue à dire que la preuve d'un comportement entraînant l'impossibilité de prolonger la vie commune est une présomption de désunion irrémédiable, ce qui apparaît pour le moins tautologique. Voy. Projet de loi réformant le divorce, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2341/001, 15 mars 2006, p. 64.
8. Amendement n° 90, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2341/008, 17 octobre 2006.
9. Cass., 4 septembre 1986, *Pas.*, 1986, I, 23. Il est certain cependant que si la présomption de gravité et d'outrage s'attache encore en principe à l'adultère, la jurisprudence s'était montrée de plus en plus souple en cas de contestation de ce caractère outrageant. Voy. G. HIERNAX, "Le divorce et la séparation de corps", *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence (1999-2004)*, Bruxelles, Larcier [*Les dossiers du Journal des tribunaux*, n° 56], 2006, n°s 110-113.
10. Projet de loi réformant le divorce, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2341/001, 15 mars 2006, p. 17.
11. Rapport fait au nom de la Commission de la justice du Sénat par Madame ZRIHEN, *Doc. parl.*, Sénat, n° 3-2068/4, p. 57.
12. Voy. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7<sup>e</sup> éd., 1987, v° *collusion*.
13. Rapport fait au nom de la Commission de la justice du Sénat par Madame ZRIHEN, *Doc. parl.*, Sénat, n° 3-2068/4, p. 56.
14. Voy. l'article 1270*bis* actuel du Code judiciaire.

tique au divorce pour incompatibilité d'humeur de la loi française du 20 septembre 1792<sup>15</sup>.

2. *La désunion irrémédiable établie par l'écoulement d'un délai (art. 229, §§ 2 et 3, nouveaux, du Code civil)*

Les délais établissant la désunion irrémédiable, visés aux §§ 2 et 3 de l'article 229 nouveau du Code civil, sont soit des délais de séparation de fait des époux, soit des délais de procédure s'ouvrant à l'audience d'introduction de l'action au fond. Leur invocation devrait fonder en pratique la majorité des procédures à venir, et on gage qu'il y aura foule aux premières audiences de septembre 2007...

Ces délais varient selon que le divorce est demandé par les deux époux ou par un seul.

A. LA DEMANDE EST FORMÉE CONJOINTEMENT (ART. 229, § 2, NOUVEAU, DU CODE CIVIL)

Quand la demande est formée conjointement, la désunion irrémédiable est établie si les époux sont séparés de fait depuis six mois (1) ou si la demande est répétée une deuxième fois devant le tribunal à une date immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai de six mois de séparation (2).

1) Si la demande conjointe est basée sur la séparation, en application de l'article 1255, § 4, nouveau, du Code judiciaire, la séparation de fait peut être établie par toutes voies de droit, l'aveu et le serment exceptés. La loi précise que la preuve peut être rapportée notamment par la production de certificats de domicile démontrant des inscriptions à des adresses différentes. Les praticiens savent que ce mode de preuve était jusqu'à présent courant pour l'application de l'article 232 du Code civil. Les changements administratifs d'inscription domiciliaire dès les premiers jours de la séparation s'avéreront donc efficaces.

S'il est établi que les parties sont séparées de fait depuis plus de six mois, le juge prononce le divorce (art. 1255, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, nouveau, du Code judiciaire). Le tribunal ne dispose en principe pas de pouvoir d'appréciation. En effet, jusqu'à ce que le projet ait été examiné par la Commission de la justice du Sénat, les délais de séparation visés aux articles 229 nouveau du Code civil et 1255 nouveau du Code judiciaire étaient désignés par le texte comme des *présomptions* de désunion irrémédiable. La question se posait dès lors de savoir si ces présomptions auraient été réfragables. Une clarification a été apportée par l'adoption d'un amendement en Commission de la justice du Sénat, faisant suite à la suggestion de la ministre de rédiger le texte selon ce qui deviendra sa rédaction définitive<sup>16</sup>. L'écoulement des délais "établit" la désunion irrémédiable et ne constitue plus une présomption. On peut cependant supposer que l'intention de se désunir doit avoir existé dans le chef d'un des époux au moins tout au long du délai de séparation requis, comme jusqu'à ce jour pour l'application de l'article 232 du Code civil. Une séparation provoquée uniquement par des circonstances particulières comme un éloignement dû à des raisons professionnelles, à une hospitalisation ou à un emprisonnement ne saurait, en elle-même, prouver la désunion.

2) Si la séparation existe mais qu'elle n'a pas atteint une durée de six mois lors de l'audience d'introduction, le juge peut fixer la seconde audience à une date immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai de six mois. Lors de cette seconde audience, si les parties confirment leur volonté, le juge prononce le divorce. Du point de vue de la rapidité de la prononciation du divorce, cette procédure ne sera rentable que si la période de séparation de six mois est atteinte moins de trois mois après l'audience d'introduction<sup>17</sup>.

A défaut de séparation, à l'audience d'introduction, le juge fixe l'affaire trois mois après la première comparution des parties. Si les parties à

15. Article I, 3, de la loi sur le divorce du 20 septembre 1792: "*L'un des époux peut faire prononcer le divorce sur la simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère*".

16. *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2006-2007, n° 3-2068/2 et Rapport fait au nom de la Commission de la justice du Sénat par Madame ZRIHEN, *Doc. parl.*, Sénat, n° 3-2068/4, pp. 64 et 92.

17. Le Conseil d'Etat et divers intervenants, lors des travaux préparatoires, se sont posé la question de savoir pourquoi, lorsque les deux époux demandent le divorce et qu'il y a séparation de fait, c'est-à-dire un élément objectif montrant que le couple traverse des difficultés, une période d'épreuve de six mois, vérifiée le cas échéant lors d'une seconde comparution, est exigée alors que, lorsque cet élément objectif fait défaut, la période d'épreuve est seulement de trois mois (voy. Projet de loi réformant le divorce, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2341/001, 15 mars 2006, Avis du Conseil d'Etat, p. 56).



ce moment confirment leur volonté, le juge prononce le divorce.

B. LA DEMANDE EST FORMÉE PAR UN SEUL ÉPOUX (ART. 229, § 3, NOUVEAU, DU CODE CIVIL)

Quand la demande est formée par un seul époux, la désunion irrémédiable est établie si les époux sont séparés de fait depuis un an (1) ou si la demande est répétée une deuxième fois devant le tribunal à une date immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai d'un an de séparation (2).

1) Dans le cas de l'action fondée sur la séparation, les règles de preuve sont les mêmes qu'en cas de demande conjointe.

S'il est établi que les parties sont séparées de fait depuis plus d'un an, le juge prononce le divorce (art. 1255, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, nouveau, du Code judiciaire), sans pouvoir d'appréciation. L'écoulement du délai établit la désunion irrémédiable. Comme déjà indiqué à propos de la demande conjointe, il faut supposer que l'intention de se désunir doit avoir existé dans le chef d'un des deux époux au moins.

2) Si la séparation existe mais qu'elle n'a pas atteint une durée d'un an lors de l'audience d'introduction, le juge peut fixer la seconde audience à une date immédiatement ultérieure à l'écoulement du délai d'un an. Lors de cette seconde audience, si l'une des parties le requiert, le juge prononce le divorce. La requête peut alors être formulée soit par le demandeur, soit par le défendeur.

A défaut de séparation, à l'audience d'introduction, le juge refixe l'affaire un an après la première comparution des parties. Si l'une des parties le requiert à ce moment, le juge prononce le divorce.

### C. La modification éventuelle du fondement de la demande

Aux termes de l'article 1254, § 5, nouveau, du Code judiciaire, jusqu'à la clôture des débats, les parties ou l'une d'elles peuvent étendre ou modifier la cause ou l'objet de la demande, introduire

des demandes reconventionnelles ou ampliatives, par conclusions contradictoirement prises, ou par conclusions communiquées à l'autre conjoint par exploit d'huissier ou par lettre recommandée à la poste avec accusé de réception. Un époux qui a introduit sa demande sur la base des délais de séparation ou de procédure pourra ainsi choisir de prouver la désunion irrémédiable par toutes voies de droit, ou l'inverse.

Par ailleurs, en application cette fois de l'article 1255, § 3, nouveau, du Code judiciaire, si le divorce est demandé par l'un des époux et qu'en cours de procédure, l'autre marque son accord quant à la demande, le divorce est prononcé moyennant le respect des délais visés au § 2, c'est-à-dire ceux qui sont prévus en cas de demande conjointe.

La question du passage d'une procédure de divorce par consentement mutuel "ancienne mode" à l'application des nouvelles dispositions sera mentionnée *infra*.

### D. Abrogation des dispositions relatives à la réconciliation

Les actuels articles 1284 à 1286 qui prévoient que l'action en divorce est éteinte par la réconciliation des époux, sont abrogés<sup>18</sup>. Si la demande de divorce est basée sur l'article 229, § 1<sup>er</sup>, nouveau du Code civil, elle aurait cependant pour effet d'établir que la désunion n'est pas irrémédiable.

### E. Le divorce mettant en cause un malade mental

En application de l'article 1255, § 7, nouveau du Code judiciaire<sup>19</sup>, si l'un des époux est dans un état de démence ou dans un état grave de déséquilibre mental, il est représenté en tant que défendeur par son tuteur, son administrateur provisoire, ou, à défaut, par un administrateur *ad hoc* désigné préalablement par le président du tribunal à la requête de la partie demanderesse. La solution prévue par l'ancien article 232, alinéa 2, du Code civil est ainsi maintenue. Le représentant

18. Article 31, 1<sup>o</sup>, de la loi nouvelle.

19. Voy. l'amendement adopté en Commission de la justice du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2006-2007, n° 3-2068/2 et Rapport fait au nom de la Commission de la justice du Sénat par Madame ZRIHEN, *Doc. parl.*, Sénat, n° 3-2068/4, pp. 82 et 94.

légal ne pourra pas agir en demande, comme c'est le cas actuellement.

## F. La procédure

### 1. L'introduction de l'action

L'article 1254 nouveau du Code judiciaire permet l'introduction de la procédure par requête, sauf lorsque la demande est fondée sur l'article 229, § 1<sup>er</sup>, du Code civil, c'est-à-dire lorsque le demandeur prétend rapporter par toutes voies de droit que la désunion est irrémédiable.

L'acte introductif d'instance contient, le cas échéant, une description détaillée des faits ainsi que, dans la mesure du possible, toutes les demandes relatives aux effets du divorce, sans préjudice d'une demande ampliative en cours de procédure.

Selon l'article 1255 nouveau du Code judiciaire, si le divorce est sollicité conjointement sur la base de l'article 229, § 2, nouveau, du Code civil, la requête est signée par chacun des époux ou par au moins un avocat ou un notaire.

La partie demanderesse joint à l'acte introductif d'instance, pour chacun des époux et pour les éventuels enfants mineurs non mariés ni émancipés communs aux époux, pour les enfants adoptés par eux ou pour les enfants de l'un d'eux adoptés par l'autre (article 1254, § 1<sup>er</sup>, alinéa 5, nouveau, du Code judiciaire):

- 1° une preuve de l'identité, de la nationalité et de l'inscription au registre de la population, au registre des étrangers ou au registre d'attente;
- 2° les actes de naissance des enfants susmentionnés;
- 3° une copie certifiée conforme du dernier acte de mariage et du dernier contrat de mariage;
- 4° la preuve de la résidence actuelle ou, le cas échéant, une preuve de la résidence habituelle en Belgique depuis plus de trois mois, si celle-ci diffère de la résidence mentionnée au registre national.

### 2. Les mesures provisoires

Comme jusqu'à ce jour, l'acte introductif d'instance peut contenir les demandes éventuelles

relatives aux mesures provisoires concernant la personne, les aliments et les biens tant des parties que des enfants mineurs non mariés ni émancipés communs aux époux, des enfants adoptés par eux ainsi que des enfants de l'un d'eux adoptés par l'autre. Si le demandeur souhaite que ces demandes soient immédiatement introduites en référé, la demande est introduite par exploit d'huissier de justice contenant citation à comparaître devant le président siégeant en référé, ainsi qu'il est dit à l'article 1280 du Code judiciaire, et devant le tribunal. Le représentant de la justice de la Chambre que l'article 1254, § 1<sup>er</sup>, alinéa 4, nouveau, du Code judiciaire doit être lu en combinaison avec l'article 1256 nouveau, qui permet à tout moment l'homologation des accords relatifs à la personne, aux aliments et aux biens des époux ou de leurs enfants. Conformément à cette disposition, et comme c'est le cas à l'heure actuelle, les parties peuvent demander des mesures provisoires au juge du fond, qui peut entériner leur accord.

Ce n'est qu'à défaut d'accord ou en cas d'accord partiel que la cause est renvoyée, à la demande d'une des parties, à la première audience utile des référés. Par contre, si une partie veut que des mesures en référé soit prises immédiatement, la demande doit être introduite par citation car la requête n'est notifiée qu'après plusieurs jours à son destinataire, alors que le délai de comparution en référé est de deux jours<sup>20</sup>.

Ces procédures reproduisent celles qui existaient jusqu'à présent en cas de divorce introduit sur la base des articles 229, 231 ou 232 du Code civil. Le système de la "double détente" et éventuellement de la "double date" est donc maintenu<sup>21</sup>.

### 3. La tentative de conciliation et l'éventuelle médiation

L'audience aura lieu dorénavant en chambre du conseil. Sauf circonstances exceptionnelles, la comparution personnelle des parties est requise en cas de demande conjointe fondée sur l'article 229, § 2, du Code Civil et la comparution personnelle de la partie demanderesse dans les autres cas (art. 1255, § 6, nouveau, du Code judiciaire).

20. Rapport fait au nom de la Commission de la justice par Mme Valérie DÉOM et M. Servais VERHERSTRATEN, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2341/018, 9 février 2007, pp. 52-53.

21. Le régime des mesures provisoires fera ultérieurement dans cette revue, l'objet d'une analyse plus approfondie, notamment à propos des controverses que ne manquera pas de susciter l'article 1257 nouveau du Code judiciaire.

Sans préjudice de l'article 1734 du Code judiciaire, qui prévoit la possibilité pour le juge d'ordonner une médiation à la demande ou avec l'accord des parties, le juge tentera de les concilier. Il leur donnera toutes informations utiles sur la procédure et en particulier sur l'intérêt de recourir à la médiation prévue à la septième partie du Code judiciaire. Il pourra ordonner la surséance de la procédure afin de permettre aux parties de recueillir toutes informations utiles à cet égard. La durée de la surséance ne pourra toutefois être supérieure à un mois.

#### 4. L'appel

Selon le projet initial, les décisions prononçant le divorce n'auraient pas été susceptibles d'appel, au nom du "droit de divorcer" – qui en réalité n'est pas consacré en tant que tel – et du souci d'établir une certaine automaticité dans le prononcé du divorce<sup>22</sup>. Certains parlementaires, en sous-commission "Droit de la famille" de la Chambre, ont estimé que le projet était trop radical sur ce point et ont rappelé que l'article 1072*bis* du Code judiciaire permet au juge d'appel d'infliger d'office une amende en cas d'appel téméraire ou vexatoire<sup>23</sup>. Finalement, suite à moult critiques de tous bords, la suppression de l'appel n'a pas été votée en Commission de la justice de la Chambre<sup>24</sup>.

#### 5. Le délai de pourvoi en cassation

Selon l'article 1274 nouveau du Code judiciaire, le délai pour se pourvoir en cassation contre une décision prononçant le divorce est d'un mois<sup>25</sup>.

L'article 1302 du Code judiciaire n'ayant pour sa part pas été abrogé, cette disposition nouvelle ne

s'applique pas au divorce par consentement mutuel. Ce délai et le pourvoi sont suspensifs.

Le caractère suspensif du pourvoi est maintenu en raison de la nécessaire permanence de l'état des personnes, ce qui n'étonnera personne<sup>26</sup>. En matière civile, le délai de cassation de droit commun, on le sait, est en principe de trois mois. La justification de cette réduction est la même que pour la suppression de l'appel initialement envisagée et vise à décourager les recours dilatoires<sup>27</sup>.

#### 6. Les dépens

En ce qui concerne les dépens, l'article 1258 nouveau du Code judiciaire, tel qu'introduit par l'amendement n° 102 du gouvernement<sup>28</sup>, porte que sauf convention contraire, les dépens sont partagés entre les parties lorsque le divorce est prononcé sur la base de l'article 229, §§ 1<sup>er</sup> et 2, du Code civil. Toutefois, lorsque le divorce est prononcé sur la base de l'article 229, § 1<sup>er</sup>, le juge peut en décider autrement, compte tenu de toutes les circonstances de la cause. Les dépens sont mis à charge de la partie demanderesse lorsque le divorce est prononcé sur la base de l'article 229, § 3, du Code civil.

Dans la logique du législateur, en l'absence théorique de faute, aucune des parties ne "succombe" au sens de l'article 1017 du Code judiciaire, et il convenait en effet d'édicter des dispositions spécifiques à la matière.

Jacques FIERENS

Avocat

Professeur extraordinaire aux FUNDP  
Chargé de cours à l'ULg

22. Projet de loi réformant le divorce, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2341/001, 15 mars 2006, p. 31.

23. Rapport fait au nom de la sous-commission "Droit de la famille" par Mme Valérie DÉOM et M. Servais VERHERSTRATEN, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2341/007, 18 juillet 2006, p. 93.

24. Amendement n° 142 de Mme Marie-Christine MARGHEM, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2341/016 et Rapport fait au nom de la Commission de la justice par Mme Valérie DÉOM et M. Servais VERHERSTRATEN, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2341/018, 9 février 2007, pp. 62 et 82.

25. Pour ce qui concerne l'application transitoire de cette disposition, nous renvoyons à l'article 42, § 6 de la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce: "*L'article 1274 (...) n'est pas applicable aux arrêts prononcés avant l'entrée en vigueur de la présente loi, lorsque la clôture des débats a été prononcée avant celle-ci*" (nous soulignons). Sauf à envisager que les cours et tribunaux prononcent des arrêts ou jugements avant même de prendre les causes en délibéré, il faut à notre avis lire: "*L'article 1274 (...) n'est pas applicable aux arrêts prononcés après l'entrée en vigueur de la présente loi, lorsque la clôture des débats a été prononcée avant celle-ci*."

26. Projet de loi réformant le divorce, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2341/001, 15 mars 2006, p. 32.

27. Projet de loi réformant le divorce, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2341/001, 15 mars 2006, p. 13.

28. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2341/008, 17 octobre 2006, p. 7.